

VU Research Portal

Case note: Hof van Justitie EU (Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen)

Lutjens, E.

2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lutjens, E., (2011). *Case note: Hof van Justitie EU (Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen)*, Mar 01, 2011. (Nederlands tijdschrift voor Europees Recht; Vol. 2011, No. 8).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen?

Prof. dr. E. Lutjens*

Dit arrest betreft de belangrijke vraag of een verzekeringsmaatschappij bij de premievaststelling voor een particuliere levensverzekeringsovereenkomst onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen. Dit onderscheid is gangbaar bij dergelijke verzekeringsovereenkomsten en wordt gebaseerd op actuariële berekeningsfactoren (sterfte- en overlevingstafels) waaruit blijkt dat vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen. Artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten laat dit onderscheid toe. Het Hof van Justitie oordeelt dat deze bepaling uit de richtlijn vanaf 21 december 2012 ongeldig is wegens strijd met de grondrechten van de Europese Unie. Wat zijn de gevolgen voor de particuliere verzekeringen?

HvJ EU 1 maart 2011, zaak C-236/09, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG-Verdrag, ingediend door het Grondwettelijk Hof (België) bij beslissing van 18 juni 2009, ingekomen bij het Hof van Justitie op 29 juni 2009, in de procedure Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop VZW, Yann van Vugt, Charles Basselier / Ministerraad, n.n.g.

Inleiding

Dit arrest – hierna naar een van de betrokken partijen ook te noemen: *Test-Aankoop* arrest – betreft de belangrijke vraag of een verzekeringsmaatschappij bij de premievaststelling voor een particuliere levensverzekeringsovereenkomst onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen. Onderscheid naar geslacht bij de premies voor dergelijke verzekeringen is de gangbare en wijdver-

spreide praktijk. Dit onderscheid is bij levensverzekeringen met een pensioendoelstelling gebaseerd op de aannahme van een (gemiddeld) langere levensverwachting van vrouwen, zoals die blijkt uit de overlevingstafels (voorheen genoemd: sterftetafels) die hier als actuariële rekenfactor worden gebruikt. De laatste door het CBS gepubliceerde tafels laten op de leeftijd van 65 jaar een verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen zien van zo'n 2,5 jaar (vrouwen leven gemiddeld 2,5 jaar langer volgens de prognose op de leeftijd van 65 jaar).¹ Aangezien vrouwen (gemiddeld) dus langer verondersteld worden te leven, is voor een levenslange verzekeringsuitkering vanaf dezelfde leeftijd als voor mannen een hoger kapitaal nodig. Daarom zal de premie voor vrouwen hoger moeten zijn om dat hogere kapitaal tot stand te brengen (bij veronderstelde gelijke beleggingsrendementen voor mannen en vrouwen over de ingelegde premie).

Dit onderscheid op grond van actuariële gegevens is (nog) toegestaan op grond van artikel 5 van Richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.² Deze richtlijn geldt alleen voor verzekeringen op een particuliere, vrijwillige en los van de arbeidsovereenkomst staande grondslag (overweging 15 in de preambule en artikel 3 lid 4 van de richtlijn) en dus niet voor (pensioen)verzekeringen gegrond op de arbeidsovereenkomst of anderszins op arbeid of beroepsuitoefening. Aan het Hof van Justitie is de vraag voorgelegd of deze bepaling van de richtlijn verenigbaar is met artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). De uitspraak is van belang omdat het Hof van Justitie zich in wezen uitspreekt over de betekenis van de in het EU verankerde grondrechten.

* Prof. dr. E. Lutjens, hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht.

1. CBS, Bevolkingsprognose 2010-2060.

2. Richtlijn van 13 december 2004, Pb. EU 2004, L 373/37-43.

Feiten, relevante regelgeving en uitspraak Hof van Justitie

De vraag is aan het Hof van Justitie voorgelegd ingevolge een prejudiciële verwijzing door het Grondwettelijk Hof van België.

De onderliggende feiten worden niet duidelijk uit het arrest. Uit het arrest blijkt slechts dat een aantal partijen, waaronder Test-Aankoop, bij het Grondwettelijk Hof beroep heeft ingesteld en daarbij vernietiging heeft gevorderd van de Belgische wet waarmee Richtlijn 2004/113/EG in Belgisch recht is omgezet.³

Richtlijn 2004/113/EG

Richtlijn 2004/113/EG stelt in artikel 5 met als opschrift ‘Actuariële factoren’ de norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij verzekeringsovereenkomsten voorop:

‘1. De lidstaten zorgen ervoor dat, in alle nieuwe contracten die na 21 december 2007 worden gesloten, het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen’.

Lid 2 van artikel 5 maakt een strak gereguleerde uitzondering mogelijk op basis van actuariële berekeningsfactoren:

‘2. Niettegenstaande lid 1, kunnen de lidstaten vóór 21 december 2007 besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. De betrokken lidstaten stellen de Commissie van hun besluit in kennis, en zorgen ervoor dat nauwkeurige gegevens die relevant zijn voor het gebruik van sekse als een bepalende actuariële factor worden verzameld en bekendgemaakt, en regelmatig worden geactualiseerd. Deze lidstaten toetsen hun besluit vijf jaar na 21 december 2007 en houden daarbij rekening met het in artikel 15 genoemde verslag van de Commissie. Zij doen het resultaat van de toetsing aan de Commissie toekomen’.

De evaluatie na vijf jaar, dus tegen 21 december 2012, kan ertoe leiden dat de uitzondering gegrond op actuariële factoren in de nationale wetgeving wordt geschrapt. De richtlijn verzet zich er echter niet tegen dat ook na die periode van vijf jaar de uitzondering blijft gehandhaafd.

3. Wet tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden (*Belgisch Staatsblad* 2007, 373, p. 66175).

Belgische wet

In het voetspoor van de richtlijn laat de Belgische wet toe dat een ‘proportioneel direct onderscheid’ op grond van het geslacht wordt gemaakt voor ‘de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens’.

Prejudiciële vraag

De vraag die de Belgische rechter in essentie voorlegt is of ‘artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 (...) verenigbaar (is) met artikel 6, lid 2, [VEU] en meer bepaald met het bij die bepaling gewaarborgde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie?’

Beslissing en overwegingen van het Hof van Justitie

De uitspraak van het Hof van Justitie is genuanceerd. Enerzijds erkent het Hof van Justitie het belangrijke beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als uitdrukking van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht strekkende tot bescherming van de rechten van de mens (artikel 6 VEU). Bovendien onderstreept het Hof van Justitie dat het Handvest van de Grondrechten bepaalt dat de gelijkheid tussen mannen en vrouwen op ‘alle’ gebieden moet worden gewaarborgd. Anderzijds benadrukt het Hof van Justitie tegelijk dat op grond van artikel 19 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (hierna: VWEU) de Raad maatregelen kan nemen om onder meer de discriminatie op grond van geslacht te bestrijden en artikel 8 VWEU formuleert dat de Unie ernaar streeft om de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op te heffen. Met deze laatste bepalingen is volgens het Hof van Justitie ruimte gegeven voor geleidelijke implementatie van de gelijke behandeling, waarbij volgens artikel 3 VEU ook rekening gehouden kan worden met de economische en sociale situatie in de Unie.

Gegeven dit juridische kader overweegt het Hof van Justitie dat de geleidelijke invoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij verzekeringsdiensten is toegestaan. Een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling acht het Hof van Justitie daarom gedurende een redelijke overgangsperiode toegestaan. De richtlijn laat als gezegd toe dat de uitzondering na de in de richtlijn voorziene evaluatieperiode – 21 december 2012 – wordt voortgezet. De richtlijn verbindt geen duidelijke tijdlimiet waarbinnen de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling beëindigd zouden moeten zijn. Aldus verzet de richtlijn zich er niet tegen – in de woorden van het Hof van Justitie – dat de uitzondering op de gelijke behandeling ‘onbeperkt toegestaan blijft’ (r.o. 31). De bepaling in de richtlijn die toestaat de uitzondering op de gelijkheid van mannen en vrouwen ‘onbeperkt in tijd te handhaven’ is om deze reden naar het oordeel van het Hof van Justitie in strijd met artikel 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten (r.o. 32). Daarom acht het Hof van Justitie artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG na

een ‘passende overgangperiode’ (r.o. 33), die naar het oordeel van het Hof van Justitie eindigt op 21 december 2012 (r.o. 33), niet langer geldig (zie ook het dictum).

De beslissing impliceert dat met gebruikmaking van de uitzondering die artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG toelaat, de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen op basis van actuariële factoren bij particuliere verzekeringsovereenkomsten tot 21 december 2012 toegestaan is.

Het Hof van Justitie heeft zoals blijkt uit zijn arrest niet beslist dat de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen bij verzekeringdiensten per definitie niet is toegestaan. Daar waren op zich aanknopingspunten voor – ik kom daar hierna nog op terug – zeker sinds de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten. Een zodanige sterke werking heeft het Hof van Justitie echter niet aan het Handvest willen geven.

Betekenis arrest

Het arrest betekent in ieder geval dat wettelijke bepalen die ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op basis van actuariële factoren toelaten, vanaf 21 december 2012 ongeldig zijn. Er is echter nog een aantal nadere vragen van overgangsrecht, waarop ik hierna inga.

Nederlands recht

Algemene wet gelijke behandeling

Artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)⁴ verbiedt het maken van onderscheid bij onder meer het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten in beroep of bedrijf en strekt zich daarmee uit tot het aanbieden van verzekeringsproducten als waarop het *Test-Aankoop*-arrest betrekking heeft. Artikel 2 lid 1 onder a van de AWGB bepaalt evenwel dat het verbod van onderscheid uit de AWGB niet van toepassing is in gevallen waarin het geslacht bepalend is. Het Besluit gelijke behandeling⁵ geeft uitwerking aan de gevallen waarin het geslacht bepalend is. Artikel 1 aanhef en onder h van het Besluit houdt in dat het geslacht bepalend is bij: ‘de verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie, voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt’. De uit de overlevingstafels blijkende langere levensduur van vrouwen, mag derhalve tot een premieverschil tussen mannen en vrouwen leiden.

Bij de implementatie van Richtlijn 2004/113/EG heeft het kabinet gesteld gebruik te willen (blijven) maken van de uitzondering die de richtlijn mogelijk maakt voor onderscheid op basis van actuariële en statistische gegevens. Al vóór inwerkingtreding van de richtlijn was deze uitzondering op de zojuist beschreven wijze opgenomen in het Besluit gelijke behandeling. In de memorie van

toelichting bij het wetsvoorstel ter uitvoering van Richtlijn 2004/113/EG is hierover het volgende opgemerkt:

‘Voor de verzekeringsbranche is een dergelijke uitzondering noodzakelijk. Op basis van objectieve statistische gegevens, vastgelegd in zogenaamde sterfgetafels, is de levensverwachting van vrouwen hoger dan die van mannen. De sekse van de verzekerde is daarmee een determinerende factor bij de vaststelling van het risico voor verzekeringen waarbij het risico afhankelijk is van de levensverwachting van de verzekerde’.⁶

Over het handhaven van deze uitzondering is verder niet gedebatteerd. Het werd blijkbaar vanzelfsprekend gevonden dat dit onderscheid op grond van geslacht gemaakt zou blijven worden. De sterfgetafels werden kennelijk als afdoende nauwkeurige gegevens aange-merkt.

Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

De AWGB geldt voor het aanbieden van verzekeringsovereenkomsten in het algemeen. Specifiek voor pensioenverzekeringen tot stand gekomen op basis van werkzaamheden krachtens een arbeidsovereenkomst, in de openbare dienst of in een tak van beroep, bevat de Wet gelijk behandeling van mannen en vrouwen⁷ een verbod tot het maken van onderscheid. Het gaat hier om de zogenoemde aanvullende pensioenregelingen, ook wel aangeduid als bovenwettelijke sociale zekerheidsregelingen, waarop Richtlijn 2004/113/EG niet van toepassing is (zie hiervoor). Voor de werkgever verbiedt artikel 7:646 BW al om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij onder meer de arbeidsvoorwaarden. Daarmee is ook de inhoud van de pensioenregeling op basis van een tussen een werkgever en een werknemer overeengekomen pensioenovereenkomst in de zin van artikel 1 Pensioenwet⁸ als een van de arbeidsvoorwaarden onder het verbod tot het maken van onderscheid gebracht. Het verbod tot het maken van onderscheid bij de pensioenovereenkomst volgt overigens ook uit het in artikel 157 lid 1 VWEU vastgelegde gebod tot gelijke beloning van mannen en vrouwen. Sedert het arrest *Bilka*, nader verduidelijkt in het arrest *Barber*, van het Hof van Justitie staat vast dat ook de aanspraken op grond van een tussen een werkgever en werknemer geldende pensioenregeling met een contractuele oorsprong onder het beloningsbegrip van (thans) artikel 157 VWEU vallen.⁹ De pensioenaanspraak en het pensioenrecht op basis van een pensioenovereenkomst als bedoeld in de Pensioenwet, valt zonder twijfel onder dit begrip beloning.

Artikel 12b lid 1 Wet gelijke behandeling m/v verbiedt ook aan ‘anderen dan de werkgever’ onderscheid te

4. Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230.

5. Besluit van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657.

6. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 3, p. 5.

7. Wet van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86. De bepalingen inzake de gelijke behandeling wat betreft pensioenvoorzieningen zijn toegevoegd bij Wet van 12 maart 1998, *Stb.* 1998, 187.

8. Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 705.

9. HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Bilka*, *Jur.* 1986, p. 1607; HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Barber*, *NJ* 1992, 436.

maken tussen mannen en vrouwen bij de aanvullende pensioenvoorzieningen. Met deze ‘anderen’ zijn onder meer de instellingen bedoeld die een pensioenovereenkomst uitvoeren (zie art. 23 Pensioenwet), dus het pensioenfonds, de verzekeringsmaatschappij of premiepensioeninstelling (zie definitie van pensioenuitvoerder in art. 1 Pensioenwet). Ook hier volgt dit verbod voor deze pensioenuitvoerders reeds uit artikel 157 lid 1 VWEU. De in artikel 157 lid 1 VWEU omschreven verplichting tot gelijke beloning geldt namelijk ook voor de ‘derde’ die het loon betaalt, zoals de pensioenuitvoerder die het pensioen (als verschijningsvorm van de beloning) betaalt.¹⁰

Actuariële factoren bij aanvullende pensioenregelingen

Ook bij deze op een pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer gebaseerde pensioenregelingen is uiteraard het actuariële gegeven van de langere levensverwachting van vrouwen ten opzichte van mannen relevant. De vraag is in hoeverre bij deze aanvullende pensioenregelingen onderscheid tussen mannen en vrouwen op basis van actuariële berekeningsfactoren mag worden gemaakt. De actuariële berekeningsfactoren kwamen aan de orde in de arresten *Neath* en *Coloroll* van het Hof van Justitie.¹¹ In beide zaken werd heel specifiek de vraag aan het Hof van Justitie voorgelegd of het toenmalige artikel 119 EG-Verdrag (thans art. 157 VWEU) zich ertegen verzet dat bij aanvullende pensioenregelingen rekening wordt gehouden met naar geslacht verschillende actuariële gegevens. Het Hof van Justitie analyseerde dat bij pensioenregelingen die aan de werknemer de uitkeringen van een bepaalde hoogte waarborgen, de financieringsmodaliteiten daarvan buiten het begrip beloning vallen (r.o. 31 arrest *Neath*). De werkgeversbijdragen aan een dergelijke pensioenregeling vallen derhalve buiten het begrip beloning, zo redeneerde het Hof van Justitie, zodat de ongelijkheid daarvan tussen mannen en vrouwen niet beoordeeld kon worden op grond van artikel 119. Artikel 12c van de Wet gelijke behandeling m/v laat eveneens een onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de werkgeverspremies toe. Anders is dat bij de werknemersbijdragen voor pensioenregelingen: die vallen per definitie onder het begrip beloning, zodat die bijdragen voor werknemers, zowel mannelijke en vrouwelijke, gelijk moet zijn.¹² Onderscheid op basis van actuariële factoren bij die werknemerspremies voor aanvullende pensioenregelingen is om die reden niet toegestaan.

Het verschil in levensverwachting is bij aanvullende pensioenregelingen vooral aan de orde bij regelingen die voorzien in de verzekering van een kapitaal of die enkel voorzien in de betaling van een vastgestelde premie

(kapitaalovereenkomst resp. premieovereenkomst in de zin van art. 10 Pensioenwet). Bij deze vormen van pensioenregelingen is bij de ingangsdatum van de pensioenuitkering (op de pensioendatum) een bepaald kapitaal aanwezig dat voor de inkoop van pensioenuitkeringen wordt aangewend. Gezien de langere levensduur van vrouwen (gemeten aan de actuariële berekeningsfactoren) zou voor hen de pensioenuitkering lager uitkomen dan voor mannen op basis van hetzelfde kapitaal omdat de uitkeringsduur voor vrouwen verondersteld wordt langer te zijn. Dit op actuariële berekeningsfactoren gebaseerde verschil bij uitkeringen is volgens artikel 9 lid 1, aanhef en onder h van de Richtlijn gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep¹³ bij wijze van uitzondering op het verbod tot ongelijke behandeling toegestaan bij pensioenregelingen met vaststaande bijdragen. De Nederlandse wetgever heeft deze uitzondering aanvankelijk overgenomen in de Wet gelijke behandeling m/v, maar bij wijziging van de Wet in 2000 is het beginsel van gelijke behandeling bij de uitkeringen in artikel 12c van die Wet vastgelegd.¹⁴

‘Vanuit het uitgangspunt dat de werkgever mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden gelijk dient te behandelen, acht de regering het moeilijk verdedigbaar dat mannen en vrouwen tijdens hun actieve periode wel gelijk loon, maar [...] geen gelijke (pensioen)uitkering krijgen’,

zo luidde de memorie van toelichting.¹⁵ Artikel 12c Wet gelijke behandeling m/v geeft daarbij twee methoden om de gelijkheid bij de uitkeringen te realiseren. Ten eerste door de uitkeringen voor mannen en vrouwen gelijk te trekken. Ten tweede door voor vrouwen een zodanig hoger kapitaal of een zodanige hogere door de werkgever beschikbaar gestelde premie vast te stellen dat naar het inzicht op het tijdstip van vaststelling daarvan er sprake zal zijn van gelijke uitkeringen. Deze tweede methode betekent dat op het moment van premiebetaling rekening wordt gehouden met de verwachte langere levensduur van vrouwen en wordt op dat moment die langere levensduur verdisconteerd in een hogere premie. Bij de eerste methode is de uiterlijke vertoning van de ongelijkheid niet meer aanwezig.¹⁶ Het verschil in (veronderstelde) levensduur wordt immers weggeredeneerd en ondanks het – statistische – verschil in levensduur tussen mannen en vrouwen moeten zij gelijk worden behandeld bij de uitkeringen. Voor levenslang ouderdomspensioen krijgen mannen bij deze methode individueel actuariële gezien daarom een te lage uitkering voor hun kapitaal of premie en vrouwen juist een te hoge uitkering. Dat is de solidariteit die maatschappelijk geleverd wordt bij arbeidsgerelateerde pensioenen. Bij de tweede methode betaalt de werkgever

10. Zie HvJ EU 9 oktober 2001, zaak C-379/99, *Pensionskasse/Menauer*, Jur. 2001, p. I-7275.

11. HvJ EG 22 december 1993, zaak C-152/91, *Neath*, Jur. 1993, p. I-6935, en HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, Jur. 1994, p. I-4389.

12. HvJ EG 11 maart 1981, zaak 69/80, *Worringham*, Jur. 1981, p. 767, zie ook r.o. 80 van het *Coloroll*-arrest, voornoemd.

13. Richtlijn 2006/54/EG, 5 juli 2006, Pb. EU 2006, L 204.

14. Wet van 21 december 2000, *Stb* 625.

15. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 711, nr. 3, p. 8.

16. Zie ook de opmerkingen van M.R. Mok in zijn noot bij het *Test-Aankoop*-arrest in *NJ* 2011, 120.

een hogere bijdrage of premie voor vrouwen dan voor mannen (voor ouderdomspensioen). De werknemersbijdrage moet, zoals hiervoor vastgesteld, voor mannen en vrouwen namelijk gelijk zijn nu dat een onderdeel van de beloning is. De uit de hogere werkgeversbijdrage voor vrouwen volgende hogere arbeidskosten worden dan wel direct zichtbaar.

Particuliere verzekeringen

De beschreven regels betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeidsgereleerde pensioenen geldt niet voor de particuliere (pensioen)verzekeringen. De AWGB en de uitwerking in het Besluit gelijke behandeling achten als gezegd premieverschil tussen mannen en vrouwen een toelaatbaar door het geslacht bepaald onderscheid. Het is dan ook alleen voor deze particuliere, niet arbeidsgereleerde, pensioenverzekeringen voor zover het Nederland betreft dat het *Test-Aankoop*-arrest van belang is.

Richtlijn 2004/113/EG en Handvest van de grondrechten

Het onderscheid op basis van actuariële berekeningsfactoren mag op grond van de richtlijn van de Raad van 13 december 2004 nog worden gemaakt, zoals hiervoor reeds is uiteengezet. De vraag laat zich dan vervolgens stellen of de uitzondering die de richtlijn toelaat op grond van actuariële en statistische gegevens wel verenigbaar is met het recht van de Unie. In de *Test-Aankoop*-procedure legde de Belgische rechter de prejudiciële vraag voor of de uitzondering van artikel 5 van Richtlijn 2004/113/EG verenigbaar is met artikel 6 VEU.

Deze uitzondering op grond van actuariële factoren is opgenomen niettegenstaande dat artikel 4 van de richtlijn ieder onderscheid op grond van geslacht verbiedt. En in de overwegingen in de preambule van deze richtlijn wordt gesteld dat de gelijkheid tussen mannen en vrouwen een 'fundamenteel beginsel' van de Europese Unie is, waarbij ook wordt verwezen naar de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De bepalingen van dit Handvest maken sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 als algemeen beginsel deel uit van het recht van de EU en hebben dezelfde juridische waarde als het Verdrag (art. 6 VEU). Krachtens genoemde artikelen van het Handvest is elke discriminatie op grond van geslacht verboden en moet de gelijkheid van mannen en vrouwen op alle gebieden worden gewaarborgd. Hiermee is het wezenlijke belang van gelijkheid tussen mannen en vrouwen expliciet neergelegd. Daarbij moet wel bedacht worden dat op het tijdstip van inwerkingtreding van de richtlijn het EG-Verdrag gold en het Handvest van de grondrechten nog niet dezelfde werking had als het Verdrag. Wel erkende artikel 2 EG-Verdrag het fundamentele belang van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In artikel 6

lid 2 VEU is later vastgelegd dat de Unie de grondrechten zoals gewaarborgd door het EVRM eerbiedigt. De juridische vastlegging van de eerbiediging van grondrechten was derhalve bij het tot stand komen van de richtlijn anders dan ten tijde van de *Test-Aankoop*-uitspraak.

De vraag is of dat voor de beoordeling veel moet uitmaken. Ook voor het tijdstip dat het Handvest van de grondrechten dezelfde status kreeg als het Verdrag was het fundamentele beginsel van gelijke behandeling in de rechtsorde van de Unie erkend. In standaardrechtspraak zoals de advocaat-generaal terecht opmerkt, wijst het Hof van Justitie op het fundamentele belang van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹⁷

De artikelen 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten kennen – voor zover voor de hier aan de orde zijnde kwestie van belang – geen uitzondering op het beginsel van gelijkheid. Artikel 23 van het Handvest kent juist de bepaling: 'De gelijkheid van vrouwen en mannen moet worden gewaarborgd op alle gebieden (...)'. In de toelichting op het voorstel voor de richtlijn heeft de Commissie uitdrukkelijk afstand genomen van de mogelijkheid een uitzondering te maken op het verbod van onderscheid op grond van actuariële factoren, waarbij de Commissie opmerkte dat de vraag om een uitzondering meer voort zou komen uit gemakzucht van verzekeringsmaatschappijen dan uit een werkelijk aangetoonde behoefte. De Commissie zegt het als volgt:¹⁸

'Uit studies blijkt dat geslacht niet de belangrijkste determinerende factor voor iemands levensverwachting is. Aangetoond is dat andere factoren relevanter zijn: burgerlijke staat, sociaaleconomische factoren, werk/werkloosheid, regionaal gebied, roken en voedingsgewoonten. De leefstijl kan beschouwd worden als een multidimensionale factor die een veel grotere impact op iemands levensverwachting heeft dan geslacht. Uit studies die leefstijl, sociale klasse en milieufactoren uit de vergelijking hebben proberen te bannen, blijkt dat het verschil in gemiddelde levensverwachting tussen mannen en vrouwen nul à twee jaar bedraagt. Daaruit is geconcludeerd dat de groeiende kloof inzake levensverwachting tussen bevolkingsgroepen in een aantal lidstaten niet aan biologische verschillen kan worden toegeschreven. Geslacht is hoogstens een vervangingsindicator voor andere indicatoren van de levensverwachting. Uit deze studies kan worden geconcludeerd dat de gewoonte van verzekeraars om geslacht bij risicoanalyses als een determinerende factor te beschouwen eerder geba-

17. Punt 31 van de conclusie met verwijzing naar de standaardarresten van HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall*, Jur. 1986, p. 723, punt 36 en HvJ EG 26 februari 1986, zaak 262/84, *Beets-Proper*, Jur. p. 773, punt 38, verder HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks e.a.*, Jur. 1994, p. I-571, punt 36; HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jørgensen*, Jur. 2000, p. I-2447, punt 39; HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, p. I-2741, punt 60, en HvJ EG 23 oktober 2003, gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02, *Schönheit en Becker*, Jur. 2003, p. I-12575, punt 85.

18. Document van 5 november 2003, COM(2003)0657).

seerd is op gemakzucht dan op reële gegevens over de levensverwachting’.

De Commissie stelde ook duidelijk dat het gangbare gebruik van actuariële factoren om bij verzekeringen onderscheid te maken op grond van geslacht, indruiste tegen het grondrecht van gelijke behandeling van mannen en vrouwen:

‘De gelijke behandeling van vrouwen en mannen is echter een grondrecht en de Commissie vindt dat de vrijheid om tarieven vast te stellen ondergeschikt is aan dit recht. De scheiding van mannen en vrouwen in verschillende pools leidt tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling en een nadelige situatie voor een van beide seksen. Het gebruik moet als een vorm van discriminatie worden beschouwd en de wetgever moet bijgevolg maatregelen nemen om het te verbieden. (...) De Commissie vindt dat een verschillende behandeling van vrouwen en mannen op basis van seksegerelateerde actuariële factoren niet verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling en verboden moet worden.’

Nochtans meende de Commissie dat het onmiddellijk verbieden van het gebruik van actuariële factoren tot marktverstoring en onrust zou leiden. Daarom stelde de Commissie een overgangperiode voor zoals in artikel 5 lid 2 van de richtlijn is opgenomen met dien verstande dat in het voorstel van de Commissie het gebruik van actuariële factoren alleen tijdens de overgangstermijn nog toelaatbaar zou zijn. De richtlijn sluit het voorgezette gebruik van actuariële factoren na de overgangstermijn echter niet uit.

Relevantie actuariële berekeningsfactoren

De door de Commissie gehanteerde motivering voor het toestaan van de uitzondering wegens actuariële factoren klinkt niet overtuigend. De stevige argumentatie van de Commissie dat ongelijke behandeling indruist tegen een fundamenteel grondrecht, lijkt geen ruimte te geven om überhaupt een uitzondering toe te staan. Maar eerst ga ik in op de vraag of de wijze waarop de uitzondering in lid 2 van artikel 5 van de richtlijn is geformuleerd, de huidige praktijk van ongelijke premies op basis van overlevingstafels toestaat. Die actuariële factoren zijn niet werkelijk gekoppeld aan geslacht, maar daar hooguit statistisch indirect mee in verband te brengen. Advocaat-generaal Kokott wijst in haar conclusie terecht op dit belangrijke element (zie punt 52 van de conclusie). Een uitzondering op het fundamentele grondrecht tot gelijke behandeling enkel op basis van statistieken lijkt daarom niet verenigbaar met het fundamentele recht van gelijke behandeling, te meer daar de statistieken die de levensverwachting van mannen en vrouwen betreffen enkel op het punt van geslacht inzoomen en – derhalve – niet onderzoeken welke andere sociale en/of gedragsaspecten de levensverwachting beïnvloeden. De advocaat-generaal geeft in punt 62 van haar conclusie een nog bredere opsomming van andere (mogelijke)

invloeden: economische en sociale omstandigheden en de levensgewoonten van elk individu (bijv. aard en omvang van de uitgeoefende beroepsactiviteit, familiaal kader en sociaal milieu, voedingsgewoonten, gebruik van genotmiddelen en/of drugs, vrijetijdsbesteding, sportbeoefening).

Gelet hierop kan mijns inziens in redelijkheid niet worden geoordeeld dat statistieken die abstraheren van al die factoren en elementen en enkel maar met de factor geslacht rekening houden, aangemerkt kunnen worden als relevant en nauwkeurig. Daarom kunnen de enkel op geslacht gebaseerde statistieken naar mijn oordeel evenmin dienen als basis om te oordelen dat premieverschillen proportioneel zijn. Daarmee is bij het hanteren van gegevens die enkel het geslacht hanteren niet voldaan aan de criteria die artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG formuleert voor de uitzondering wegens actuariële factoren.

Uitzondering rechtsgeldig?

De advocaat-generaal gaat nog een stap verder en acht artikel 5 lid 2 zelf in strijd met de waarborging van grondrechten zoals door de Unie erkend (punt 70). Geslacht mag in haar opvatting hoe dan ook geen grond zijn voor onderscheid. Gelet op de duidelijke en eenduidige formulering in artikel 6 VEU en Handvest van de grondrechten, kan ik het met deze conclusie wel eens zijn. In zijn noot bij het *Test-Aankoop*-arrest¹⁹ lijkt Mok moeite te hebben met deze conclusie, want zo zegt hij: ‘Geheel gelijk zijn mannen en vrouwen nu eenmaal niet en de gemiddelde levensduurverwachting is een voorbeeld van een verschil’. Het is echter de vraag of de normstelling van gelijke behandeling van mannen en vrouwen een erkenning is van de gelijkheid van deze mensen, dan wel een uitdrukking van een maatschappelijke wenselijkheid dat ondanks de bestaande verschillen deze mensen toch gelijk behandeld dienen te worden. Ik zou menen het laatste en het onderzoeken of er sprake is van echt ‘gelijke gevallen’ is dan niet zo relevant.

Het Hof van Justitie richt zich als gezegd niet zozeer op alleen de erkenning van het fundamentele belang van de grondrechten, maar benadrukt (ook) de mogelijkheid tot geleidelijke invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen zoals opgenomen in artikel 8 VWEU en artikel 3 VEU. Ondanks de duidelijke formulering van het beginsel van gelijkheid in het Handvest van de grondrechten, waar het Hof van Justitie in r.o. 30 ook naar verwijst, acht het Hof de uitzondering op de gelijkheid voor mannen en vrouwen op zich nog niet strijdig met artikel 21 en 23 van het Handvest. Slechts het handhaven van de uitzondering ‘zonder beperking in de tijd’ acht het Hof van Justitie onverenigbaar met het Handvest (r.o. 32). Via die gedachtenlijn komt het Hof van Justitie als gezegd tot het oordeel dat de uitzondering van artikel 5 lid 2 richtlijn vanaf 21 december 2012 ongeldig is. In wezen wordt hiermee aangesloten bij de in de richtlijn voorziene evaluatiedatum en wordt slechts de continuering van de ongelijkheid ingevolge

19. NJ 2011, 210.

actuariële factoren – hetgeen de richtlijn niet uitsluit – niet toegestaan.

Wat het praktische effect betreft, verschilt de beslissing van het Hof van Justitie niet van de conclusie van de advocaat-generaal. Zij had immers aangegeven dat vanwege de mogelijke marktverstoring die zou kunnen uitgaan van het onmiddellijk achterwege moeten laten van het onderscheid op grond van actuariële factoren, dat onderscheid voor bestaande verzekeringen bij wijze van rechterlijk overgangsrecht gedurende beperkte periode nog zou moeten worden toestaan.

De betekenis voor particuliere verzekeringen

De beslissing van het Hof van Justitie impliceert dat op dit moment en tot 21 december 2012 op actuariële factoren gebaseerd proportioneel onderscheid tussen mannen en vrouwen in particuliere verzekeringen nog toegepast mag blijven worden. In Nederland geeft het Besluit gelijke behandeling zoals aangehaald daar de nationaal-wettelijke grondslag voor. Dan moet wel duidelijk zijn dat sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico en dit op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Of bij toepassing van de in Nederland gehanteerde overlevingstafels aan deze vereisten voor toepassing van de uitzondering voldaan kan worden, betwijfel ik omdat dergelijke nauwkeurige gegevens ontbreken (zie ook hiervoor). Het is zoals de Commissie heeft overwogen in de toelichting op het voorstel voor de richtlijn: verzekeraars bedienen zich uit gemakzucht en niet vanwege de relevantie of nauwkeurigheid van statistische gegevens die enkel maar van de aan geslacht gekoppelde levensduur uitgaan. Het is overigens niet uit te sluiten dat bepaalde verzekeraars wel over dusdanige nauwkeurige gegevens beschikken. De situatie kan dus van verzekeraar tot verzekeraar en ook van land tot land verschillen.

Een nadere vraag uitgaande van de ongeldigheid van artikel 5 lid 2 van de richtlijn vanaf 21 december 2012 is of het vanaf dan geldende verbod om op basis van actuariële berekeningsfactoren premieverschillen te hanteren alleen geldt voor nieuwe verzekeringen of ook voor bestaande verzekeringen. Het lijkt mij vanzelfsprekend dat de gelijke behandeling vanaf 21 december 2012 in alle verzekeringscontracten, zowel nieuwe als bestaande, doorgevoerd zou moeten worden. Zouden bestaande contracten worden geëerbiedigd dan zou ook na 21 december 2012 een uitzondering op het fundamentele recht van gelijke behandeling blijven bestaan en dat moet niet in overeenstemming met het Handvest van de grondrechten worden geacht.

Een overeenkomstige vraag geldt voor de toepassing van artikel 5 lid 1 van de richtlijn want hierin is bepaald dat een premieverschil op basis van geslacht is verboden voor ‘alle nieuwe contracten die na 21 december 2007 worden gesloten’. Dat betekent dat voor op 21 december

2007 bestaande contracten het verbod van ongelijke behandeling als omschreven in de richtlijn niet geldt, zodat de rechtsgeldigheid van een premieverschil tussen mannen en vrouwen ook niet getoetst hoeft te worden aan artikel 5 lid 2 van de richtlijn. Maar wanneer dit onderscheid tussen mannen en vrouwen onbeperkt in tijd mogelijk zou zijn, zou dit punt eveneens onverenigbaar zijn met artikel 21 en 23 van het Handvest. In navolging van de ongeldigheid van artikel 5 lid 2 van de richtlijn zou ik willen aannemen dat ook voor op 21 december 2007 bestaande contracten de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen moet zijn opgeheven per 21 december 2012. Kalkman komt tot een andere afweging en stelt dat de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen voor op 21 december 2012 bestaande verzekeringen na die datum voortgezet kan blijven worden. Een ‘redelijke uitleg’ van het oordeel van het Hof van Justitie brengt dit volgens Kalkman mee.²⁰ Waarom deze uitleg redelijk is, motiveert Kalkman verder niet.

De richtlijn spreekt niet alleen over gelijkheid bij de premies, maar ook bij de uitkeringen. Ook voor de uitkeringen is tot 21 december 2012 de in artikel 5 lid 2 van de richtlijn voorziene uitzondering op grond van actuariële factoren van toepassing. Voor de uitkeringen gelden dezelfde regels: vanaf 21 december 2012 is ongelijkheid op grond van geslacht bij de uitkeringen binnen zowel nieuwe als bestaande verzekeringsovereenkomsten niet (meer) toegestaan en daarvoor uitsluitend voor op 21 december 2007 bestaande verzekeringen. Voor verzekeringsovereenkomsten die op of na 22 december 2007 zijn gesloten kunnen de uitkeringen tot 21 december 2012 op basis van nauwkeurige actuariële berekeningsfactoren. Ook hier is het de vraag of die – voldoende nauwkeurig – aanwezig zijn.

De vraag kan dan vervolgens nog worden gesteld hoe de gelijke behandeling bij de uitkeringen na 21 december 2012 – of de eventuele eerdere datum dat geen succesvol beroep te doen is op de uitzondering van artikel 5 lid 2 van de richtlijn – toegepast dient te worden indien deze uitkeringen zijn gebaseerd op voorheen toegestane ongelijkheid van mannen en vrouwen bij de premies. Wanneer vrouwen wel – toelaatbaar – hogere premies hebben betaald, maar van toepassing van de gelijkheidregels niet de daarop gebaseerde hogere uitkering (dan mannen) mogen ontvangen, ontstaat er een onbillijkheid en ook een spanning tussen het beginsel van gelijke behandeling en de bescherming van de eigendom als voorzien in artikel 1 bij het Eerste Protocol van het EVRM.²¹ Dit gegeven pleit ervoor om in zoverre dit is gebaseerd op ongelijke premies, ongelijkheid bij de uitkeringen ook na 21 december 2012 nog toelaatbaar te achten.

De verplichting tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de premies en uitkeringen betekent een aanzienlijke verandering binnen de methodiek van premievaststelling voor particuliere verzekeringen, maar

20. W.M.A. Kalkman, aantekening bij het *Test-Aankoop*-arrest in *PJ (PensioenJurisprudentie)* 2011, 96.

21. Aanspraken op en uitkeringen van pensioen voor verzekeringen als hier aan de orde kunnen als eigendomsrecht worden aangemerkt.

het is geen revolutie. Verzekeren is nu eenmaal altijd het organiseren van solidariteit en de door het verbod van onderscheid op grond van geslacht ingebrachte solidariteit tussen mannen en vrouwen zal het verzekeringsstelsel niet omver werpen. En bij arbeidsgerelateerde pensioenverzekeringen is het verbod van onderscheid op basis van actuariële factoren ook al ingevoerd (zie hiervoor) zonder dat van ernstige verstoringen op de verzekeringsmarkt is gebleken.

Nog een keer terug naar de aanvullende pensioenverzekeringen op basis van een pensioenovereenkomst. Van de regels inzake gelijke behandeling sluit Richtlijn 2006/54/EG uit de individuele overeenkomsten van zelfstandigen, alsmede de vrijwillige individuele regelingen binnen de door een werkgever getroffen collectieve pensioenregeling en ook laat de richtlijn als gezegd onderscheid bij de uitkeringen bij regelingen met vaststaande bijdragen toe. De laatste uitzondering is niet (meer) opgenomen in de Wet gelijke behandeling m/v, de andere twee wel. Nu hiermee de genoemde individuele regelingen niet onder Richtlijn 2006/54/EG vallen, is Richtlijn 2003/114/EG daarop blijkens artikel 3 lid 4 van toepassing. Daarvoor gelden derhalve niet de normen van de Wet gelijke behandeling m/v maar de besproken regels van Richtlijn 2003/114/EG en voor het Nederlands recht de AWGB. Voor de overige in Richtlijn 2006/54/EG voorziene uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling, is aannemelijk dat ook die ongeldig zullen worden geacht wegens strijd met artikel 21 en 23 Handvest van de grondrechten.

afweging rekening houdend zal leeftijdsverschil vaak zijn toegestaan en moet het toelaatbaar worden geacht om voor een jongere werknemer een andere premie te vragen dan voor een oudere werknemer voor een beoogde pensioenuitkering van een zelfde bedrag.²⁵ Een uitstraling van het *Test-Aankoop*-arrest naar leeftijd is daarom naar mijn oordeel niet te verwachten.

Betekenis voor andere discriminatiegronden

De vraag kan tot slot worden gesteld of de uitspraak van het Hof van Justitie gevolgen kan hebben voor andere discriminatiegronden en toegelaten uitzonderingen op discriminatieverboden. Artikel 21 van het Handvest van de grondrechten verbiedt onder meer ook discriminatie op grond van leeftijd. Zowel de Kaderrichtlijn 2000/78/EG voor gelijke behandeling in arbeid en beroep²² en de daar uitwerking aan gevende Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid,²³ laat niet onbelangrijke uitzonderingen op het verbod van leeftijdsonderscheid toe. Het Hof van Justitie heeft het verbod van onderscheid op grond van leeftijd als een ‘algemeen beginsel’ van gemeenschapsrecht erkend.²⁴ Leeftijd heeft wel een ander karakter dan geslacht. Leeftijd bij een persoon is aan voortdurende verandering onderhevig. Bij leeftijdsverschil tussen personen zal men dan ook voortdurend moeten nagaan of het verschil in leeftijd niet een relevant verschil impliceert, waardoor niet van gelijke situaties kan worden gesproken. Met die

22. Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000, Pb. EG 2000, L 303.

23. Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.

24. HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *Mangold*, *Jur.* 2005, p. I-9981 en HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Kücükdeveci*.

25. In gelijke zin M.R. Mok in zijn noot bij het *Test-Aankoop*-arrest in *NJ* 2011, 210.